中國律令與日本律令

高 明 士

一、沿　革

1.中國律令

律與令各自成爲法典而納入法制體系，其制始於西晉武帝所頒行的泰始律令（泰始四年，268年）。在此之前，法制上只是以律爲主，所謂令，不過是律的副法或追加法。「律」一詞之前身，曰法或刑。以法爲律，始於商鞅的六律；而刑之概念，則可追溯至三代。「令」在《廣韻》曰：「善也、命也、律也、法也。」足見令之原始意義與律、法混同。① 事實上亦如此，新近發現的雲夢秦簡《語書》即常將法、律、令並提，如曰：「修法律令」、「法律令已具」等，同時也有「田令」、「吏見知不舉令」等，相當於律的補充法。② 到漢代，是令與律分離的過渡時期，所以此時仍可看到以令作爲律的副法情形，如《漢書·刑法志》記載武帝定律令凡三百五十九章，到宣帝時有律令百多萬言，這個時候的令，都是律的補充法，而令本身當附有罰則。但此時也有祠令、齋令、品令、五時令、任子令等③，相當於行政法性質的令似已出現，只是尚未定型。到西晉泰始律令，始將令與律規定成爲與律對等而存在。這個時候的令，如《晉書·刑法志》所說：「（前略）故不入律，悉以爲令。施行制度，以此設教，違令有罪則入律。」杜預在《晉律·

① 有關「律」、「令」之古典意義的探討，可參看瀧川政次郎《律令の研究》（東京，刀江書院，1966年復刻發行。1931年初版發行），頁11－31。

② 參看張晉藩《中國古代法律制度》（北京，中國廣播電視出版社，1992年），頁204。拙作〈雲夢秦簡與秦漢史研究〉（收入拙著《戰後日本的中國史研究》，台北，明文書局，民國85年修訂四版。原載《食貨》復刊11－3，民國70－6），頁180－181。

③ 參看同前引張晉藩《中國古代法律制度》，頁243。

序》說:「律以正罪名,令以存事制,二者相須爲用。」(《北堂書鈔》卷45〈律令〉)顯然這個時候所規定的令,就是屬於國家制度,已擺脫過去屬於刑罰副法的性質。自此以下至隋唐,完成律、令、格、式的法典體系,但基本形式仍定於律、令。

宋以後,雖有令的編纂,但已屬於零散而無系統,直至明初,尚有明令一卷的編纂,令的發展至此已成爲尾聲。代之而起的是《會典》,論其淵源,應該是說來自《唐六典》,但《唐六典》只不過是唐令、唐式的彙編,嚴格而言,不能與令、式同列爲行政法。④《會典》所繼承的就是這個形式,所以「違令入律」原則不能適用於《六典》與《會典》。就這個意義而言,自秦漢以後到明清時期的法制發展,除以律作爲不變的主流而外,最使人注目的發展,應該就是自西晉至隋唐這一段「令」典的發展。在西晉主其事者,就是賈充、杜預、裴楷等士族,他們在門閥社會背景下,巧妙的納禮入令,再規定違令入律,也就是完成禮、刑合一的法制體系。戰國、秦朝以來,主刑主律,此時以禮淡化刑律,並將國家制度成文法化,期使君臣共守,從今日法治的觀點而言,實是劃時代的成就。此後的歷史發展,說明「令」典與士族共存亡。宋以後,「令」的重要性後退,正說明皇權走向的獨裁化。⑤關於歷代律令篇目的演變,參看附表一之1、2。⑥

---

④ 錢大群、李玉生〈《大唐六典》性質論〉(收入《法律史研究》編委會編《中國法律史國際學術討論會論文集》,西安,陝西人民出版社,1990年),頁243-258。

⑤ 以上有關律令制度的發展,可參看拙作〈律令制度〉(收入王仲孚等《中國文明發展史》,第二章第四節,台北,國立空中大學印行,民國77年)。又可參看池田溫〈中國律令と官人機構〉(收入《仁井田陞博士追悼論文集》第一卷《前近代アジアの法と社會》,同論文集編集委員會編,東京,勁草書房,1967年),頁151-152。有關晉泰始律令與士族門閥社會的關係,可參看祝總斌〈略論晉律之「儒家化」〉(《北京大學哲學社會科學優秀論文選》第二輯,北京大學出版社,1988年),頁312-318;堀敏一〈晉泰始律令の成立〉(《東洋文化》60號,東京大學出版會,1980年2月),頁33-6。

⑥ 以下有關唐令與日本令的比較,參看池田溫〈中國の律令〉(收入西嶋定生等《律令制と國家》,東京,平凡社,1980年),頁9-33;同氏〈唐令與日本令〉(收入《第二屆國際華學研究會議論文集》,同會議秘書處編,台北,中國文化大學文學院,民國81年),頁381-397;同氏〈唐令と日本令——「唐令拾遺補」編纂によせて〉,收入同氏編《中國禮法と日本律令制》,東京,東方書店,1992年),頁165-193;同氏〈中國令と日本令——篇目と條文數をめぐって〉(收入《周一良先生八十生日紀念論文集》,同文集編輯委員會編,北京,中國社會科學出版社,1993年),頁472-484。

2.日本律令

七、八世紀之際，日本從事律令國家建設，正是唐朝律令制度最發達之際，也是中國法制史上律令制度最完備時期。除日本而外，朝鮮半島的新羅統一王朝也正處於此時，但因半島戰爭剛結束不久，百廢待舉，其眞正從事唐化運動，則要遲至景德王（742－64年）以後，此時的唐朝已由盛轉衰之際。新羅在律令法制方面，究竟向中國吸收了什麼，如後來的高麗王朝所示，其律恐怕直接行用唐律，令方面宜有修改，詳情不明。由於統一新羅王朝這一段歷史的史料缺乏，無法知其詳；相對的，同時代的日本，則保存較多的資料，使我們今日得以由日本方面獲得較多的認識。以下略爲說明日本從事律令國家建設的概況（參看附表二）。

日本律令制度的成立⑦，從今存文獻看來，其具體可徵，宜指大寶律令與養老律令。在此之前，有近江朝在天智即位元（668）年制定、四（671）年頒行的「近江令」22卷，但全文今皆不存；至飛鳥淨御原朝，有天武十一（683）年開始編纂，持統三（689）年頒行的「淨御原令」22卷，《日本書紀》曾引用若干，但全文至今亦皆不存。因此，學界對於這二令存在的眞實性，贊否皆有，迄今未決，所以暫不列入律令制度時代來討論。另外，稍早尙有推古十一（603）年所制定的冠位十二階與推古十二（604）年由聖德太子所制定的憲法十七條，前者以德、仁、禮、信、義、智六階，分大小而成冠位十二階，有如中國的官品制；後者由「以和爲貴」開始，藉儒教、佛教、道教、法家等理論，而強調以皇室爲中心的思想，充其量只能作爲道德律。從上述兩者內容看來，其作爲律令之法的要素非常薄弱，所以也不能列入律令制度的成果來處理。

島田正郎氏乃將大化革新（646年）以前，稱爲「氏族法時代」；其後至平安時代稱爲「律令法時代」（646－1185年），武家政治時代屬於「武家

⑦ 有關日本律令之編纂與實施情形，亦可參閱前引池田溫氏諸著作。另外，可參照利光三津夫《日本法制史1·古代》（東京，慶應通信會社，1986年），頁30－43。又，新近出版的仁井田陞著·池田溫主編《唐令拾遺補》（東京，東京大學出版會，1997年），第三部〈唐日兩令對照一覽〉（頁863～1484），除作全文對照以外，每條並附備考、典據，讀者可參考。

法時代」（1185－1868年），明治維新以後則屬於「歐美法繼受時代」（1868－）。⑧ 這個分法，應該是合理的。在律令法時代的日本，被稱爲「律令國家」。此時繼受中國法，尤其唐法，試圖建設以天皇爲中心的國家體制，一如中國的皇帝制度。因此，仿照唐朝而多次頒布律令制度。

上述大寶、養老律令當中，只有養老令大致保存至今日，其餘散逸。大寶律6卷、大寶令11卷，於大寶元（701）年完成，翌（702）年頒行，律、令同時頒行，此爲第一次。大寶律令散亡，今由《令集解》（868年以前成書）所引大寶律令注釋書「古記」（約738年成書），轉述大寶律令時可得知片段文字。養老律令是針對大寶律令而修訂，養老二（718）年完成律10卷12篇、令10卷30篇，但遲至天平勝寶九（757）年始頒行。833年完成官撰養老令的注釋書《令義解》，具有與令文同等的效力。大寶、養老律令的藍本是唐永徽及開元前期律令，尤其是永徽律令（含永徽律疏）。

其後陸續頒行的尚有：刪定律令24條（791年）、刪定令格45條（797年）、弘仁格10卷（820年）、弘仁式40卷（820年）、貞觀格12卷（869年）、貞觀式20卷（871年）、延喜格12卷（907年完成，908年頒行）、延喜式50卷（927年完成，967年頒行）。延喜格已亡佚，但將弘仁、貞觀、延喜三代的格合編而成《類聚三代格》（大約在十或十一世紀間編成），以及《延喜式》，則流傳至今日，成爲研究格、式的基礎文獻。⑨

武家法時代，是律令制度的變質實施時期。其法大要而言，可分爲A.律令法及公家法、B.武家法、C.寺院法三種。形式上，是以A.爲國法，實際上則以B.來執行。鎌倉幕府後期，即貞永元（1232）年，以北條泰時爲中心而編成的「御成敗式目」（即「貞永式目」），共有51條，其後仍有追加，屬於律令的格式形式。此一式目，主要是以封建道德來規範武家的社會生活，其對象，則以幕府的家人、領民爲主。應仁之亂（1467－77年），室町幕府權威衰微，各地諸侯各自立法，而使律令的一般法性質喪失其實效性。

江戶幕府時代（1603－1867年），實現全國統一的中央集權國家體制。

---

⑧ 參看島田正郎《東洋法史》（東京，東京教學社，1970年初版，1976年三版），頁172－187。

⑨ 參看前引利光三津夫《日本法制史1·古代》，頁40－43。

臺灣大學學術期刊資料庫

八代將軍德川吉宗時，完成「公事方御定書」（1742 年）的成文法典。此法典屬於江戶幕府最重要的立法事業，分上、下卷，上卷收集了八十一件重要規定，屬於法令集；下卷一般稱爲「御定書百箇條」，收集有關刑法、訴訟法的判例。此一法典，明顯的透過清律而繼受了明律；也是明治維新後，頒行「新律綱領」的藍本。⑩

江戶幕府時代，諸藩仍有其藩法，例如：

熊本藩：御刑法草書 66 條（1754 年）、刑法草書 8 編 95 條目 141 條
新發田藩：新律 10 編 218 條(1784 年)、徒罪規定書 20 條(1800 年)
會津藩：刑則 71 條（1790 年）
弘前藩：刑法牒 11 編 99 條目（1797 年）
和歌山藩：國律 18 編 390 條（享和以降，1801 年－?)、國律補助 18 編 102 條（天保以降，1830 年－?）
土佐藩：海南律例 18 編 109 條

諸幕藩法，主要是根據明律，並參照前代法典編纂而成的。⑪ 當時德川幕府在實施中央集權體制之下，研習明律之風大盛。淺井虎夫氏論及明律時，詳列日本學者在此時研究明律之成果，如：高瀨喜朴《明律例譯義》14 卷、同氏《明律詳解》21 卷同補、荻生觀《明律譯》30 卷、岡白駒《明律譯註》9 卷、荻生徂徠《明律國字解》16 卷、榊原篁洲《明律譯解同補遺》、同氏《明律諺解大成》30 卷等等。⑫ 其中荻生氏書，有內田智雄、日原利國校訂《律例對照定本明律國字解》（創文社）刊行；高瀨氏書有小林宏、高鹽博編

⑩ 參看前引島田正郎《東洋法史》，頁 179－183；劉俊文、池田溫主編《中日文化交流史大系·法制卷》（杭州，浙江人民出版社，1996－12），第五章〈日本享保時期對明律的研究及所受的影響〉（高鹽博執筆）。

⑪ 參看高鹽博〈幕藩法と中國律·覺え書〉（《創文》306，1989－12），頁 15。高鹽氏對熊本藩的「刑法草書」已有詳細的解讀研究，可參看氏著〈熊本藩的「刑法草書」〉1～4，《國學院大學日本文化研究所紀要》65、67、68、69，1990－3、1991－3、1991－9、1992－3。此外，亦可參看氏著〈熊本藩刑法一斑——笞刑について〉（同上 72，1993－9）、同氏〈會津藩「刑則」の制定をめぐって〉（同上 71，1993－3）等。

⑫ 參看淺井虎夫《支那ニ於ケル法典編纂ノ沿革》（京都，京都法學會發行，1911 年），頁 324－326。

臺灣大學學術期刊資料庫

著《高瀨喜朴：大明律例譯義》（創文社）刊行。《明律國字解》與《大明律例譯義》兩書，被認爲是幕藩法制與江戶時代明律研究的「雙璧」。⑬

明治維新後，在明治初年採用明、清律而編定刑法典，今日可考者，至少有以下幾例：1.慶應四年閏四月（同年九月改爲明治元年，1868年），頒行「假刑律」（按，即暫行刑律）12篇120條，明治三（1870）年十月十二日頒行「新律提綱」時廢除。「新律提綱」是「新律綱領」的草案，於同年十二月二十七日頒行「新律綱領」時廢除。2.「新律綱領」14篇192條，是明治政府最初制定的統一刑典，頒行於全國的府、藩、縣。其後對它進行補正，於明治六（1873）年六月再頒行「改定律例」。此法典共318條，其形式有如歐陸法典之條款，並廢止笞、杖、徒、流等刑名，而易爲「懲役」，只是法律名詞仍沿襲大明律。⑭ 3.和歌山的田邊藩，於明治三年一月至四年三月（1870－1871年）頒行「假刑律」。4.最近在東京大學法制史資料室發現「刑法新律草稿」，有12編120條，本是明治政府針對「假刑律」修正而準備頒行於全國的刑法草稿，成稿時間推定爲明治元年十一月至二年正月以前。這個草稿，因種種理由，終於無公布。⑮

明治政府最初所完成的「假刑律」，其實是以熊本藩的「刑法草書」作爲藍本。熊本藩的「刑法草書」，初定於1754年，其原名爲「御刑法草書」，晚於江戶幕府的「公事方御定書」（1742年）十二年，但它是日本第一次使用「刑法」者；其後再增補，於1761年完成「刑法草書」。「刑法草書」根據明律、熊本藩判例、幕府法等而編成，有8編、95條目、141條，其開頭曰「刑法例書」，即仿明律的「名例律」而定，屬於刑法總則。「刑法草書」編成後，影響其他藩，尤其廢除流刑，而改採徒刑制度，被認爲是日本「近代自由刑」的起源，此一改革，也影響其他藩，如會津藩的「刑則」與佐賀藩

⑬ 參看高鹽博〈解說：《大明律例譯義》について〉（收入高鹽博、小林宏編著《高瀨喜朴：大明律例譯義》，東京，創文社，1989年），頁707。

⑭ 參看楊鴻烈《中國法律在東亞諸國之影響》（台北，台灣商務印書館，民60台一版。初版發行於民26年），頁313。

⑮ 參看高鹽博〈新出の「刑法新律草稿」について——「假刑律」修正の刑典〉（收入手塚豐編著《近代日本史の新研究》Ⅶ，1989－2），頁111－113。

臺灣人文與學術期刊資料庫

的徒刑制度，均仿自熊本藩。⑯ 到明治十三（1880）年，採用法國法典而制成4編430條的「舊刑法」（相對於明治四十年四月公布的刑法而言），日本才眞正脫離中華法系轉入歐陸法系。⑰

總之，日本在明治維新初期以前，其繼受中國律令，主要可分爲兩階段，一是律令法時代，此期主要吸收唐朝律令；一是江戶幕府時代至明治初期，此期主要吸收明淸律，尤其是明律。⑱

二、中華法系的特質與日本律令

七、八世紀之際，隨著「中國文化圈」的形成，「中華法系」也隨之出現。其適用的地理範圍，主要包括今日的日本、朝鮮，以及後來獨立的越南。中華法系的特質爲何？學界迄今有不同意見，但下列諸特徵，或許較可接受：⑲

1.成文法典。法律是以成文法典的形式公布，主要包括刑法法典與行政法典。就唐朝而言，刑罰法典指律，行政法典指令、格、式，而禮的規範，則散見在兩類法典中。違背行政法典者，一律由刑法法典處罰，行政法典本

---

⑯ 以上參看高鹽博〈熊本藩の「刑法草書」——近代的自由刑の誕生〉（*FROM KUMAMOTO*，創刊準備第3號，1993－11），頁6－13；同氏〈草創期の徒刑制度〉（《刑政》1997年8月號）。按高鹽氏區別「御刑法草書」與「刑法草書」，在藩法研究史上是一項重大發現，值得重視。

⑰ 參看前引楊鴻烈《中國法律在東亞諸國之影響》，頁337。大竹秀男、牧英正編《日本法制史》（東京，靑林書院，1975），頁277－282。

⑱ 楊鴻烈氏將「中國法系」之法制發展趨勢，分爲兩大時期，第一、摹倣唐律令之時代，第二、摹倣明律及會典之時代。參看前引氏著《中國法律在東亞諸國之影響》，頁28－29。高鹽博氏指出日本繼受中國法，一般亦是分爲兩期，此即：一在八世紀初所成立的大寶、養老律令，此期繼受唐律令，尤其永徽律疏與永徽令；一在明治初期，頒行「假刑律」、「新律綱領」等，主要是繼受淸律；但在江戶時代，則繼受明律例。（參看高鹽博前引〈幕藩法と中國律·覺え書〉，頁15）

⑲ 中華法系的特質爲何？自三〇年代以來就已經展開討論，歸納而言，可有三說：1.三個特點說，此即A.重視成文法，B.以天理作爲法的理論依據，C.禮法並重；2.六個特點說，此即A.以儒家說爲基本的指導思想和理論基礎，B.出禮入刑，C.家族本位的倫理法占有重要地位，D.立法與司法集權於中央，司法與行政合一，E.民刑不分，F.融合以漢民族爲主體的各民族的法律意識和法律原則；3.強調民族屬性，而提出禮法結合是其基本特點。（以上參看張友漁主編《中國法學四十年》，頁112－116，上海，上海人民出版社，1989年）

臺灣大學法律學院 法律系 圖書館

身不附罰則。《新唐書·刑法志》序云：

> 唐之刑書有四，曰：律、令、格、式。……凡邦國之政，必從事於此三者（按，指令、格、式）。其有所違及人之爲惡而入于罪戾者，一斷以律。

此爲唐代法典性質最具體的規定。唐玄宗開元年間，又有《唐六典》的編纂，一般視爲第一部有系統的官撰行政法典。⑳ 此說有待商榷，因它非爲強制實行的法典，而是對開元前期之令、式，根據《周禮》六官作有系統整理，所以屬於現行的制度典籍，以供施政者參考。這種編纂體例，影響日後的《會典》。㉑ 這一類的制度典籍，也是中國法制史上的另一特色，但不能列入此處所談的成文法典特質。日本在律令法、武家法，乃至明治初期的立法，皆具有成文法典的特質，雖然各個時代所公布的法典內容與中國同時代法典有若干差異，這是國情有別之故。

2.法典的倫理化。此即法典的編纂以儒家思想爲核心，因而重視倫理。例如唐律有親屬相容隱規定（名例律46條，明清律與日本律亦然），這個規定顯然源自《論語·子路》引孔子曰：「父爲子隱，子爲父隱，直在其中矣。」法律在此處將親屬看成一體而容認道德㉒，於是有親疏、尊卑、貴賤的人倫差序規定。其總體的表現，就是納禮入法，建立家父長制的法理結構。自家至國的組織，依此原理展開，國家、天下成爲家族主義的擴大、外延。就這個意義而言，法律實是道德的補助法。日本與中國在這方面的規定有些差異，日本格外重視家名、家業，即較重視家的社會功能；中國則重視個人對

---

⑳ 例如張晉藩、李鐵《中國行政法史》（北京，中國政法大學出版社），〈前言〉，頁2。

㉑ 參看仁井田陞〈唐六典〉（氏著《唐令拾遺》，東京，東京大學出版會，1964年覆刻發行。初版於1933年由東方文化學院東京研究所發行），頁61－65。內藤乾吉〈唐六典の行用に就いて〉（收入氏著《中國法制史考證》，東京，有斐閣，1963年），頁64－89。最新的看法，參看奧村郁三〈大唐六典〉（收入滋賀秀三編《中國法制史——基本資料の研究》，東京，東京大學出版會，1993年），頁257－260。前引錢大群、李玉生〈《大唐六典》性質論〉，頁248。

㉒ 戴炎輝《唐律通論》（台北，國立編譯館，民國66年台四版。民國53年初版），第十五章「親屬相容隱」，頁437。

臺灣大學學術期刊資料庫

家乃至宗族的承續功能。㉓ 再者，在家父長制的影響下，中國可以產生以皇帝爲中心的專制體制；日本則否，以律令法時代而言，其天皇制之運行，因爲藤原氏等有力氏族的制約，而使天皇權力受到壓制。㉔ 雖是如此，以儒家思想作爲指導原理，而在法制上建立倫理秩序的集權統治，則無二致。㉕

3.立法與司法集權於中央，司法與行政合一，民刑不分。這些特點，不外表現在東方專制主義之下，中央集權高於一切。㉖ 日本除武家前期而外，也充分表現這個特色。例如唐律雖以「罪刑法定主義」爲原則㉗，但在諸多場合，仍可以「上請」，或以「格」破律。上請之中，其犯死罪者在唐律有八議（議親、議故、議賢、議能、議功、議貴、議勤、議賓），日本律則有六議（刪除議勤、議賓）㉘ 的規定。這是君權（行政）干預司法的具體例子。另外，唐律中也滲雜許多民事規定，違者要受罰，如違律爲婚（總 175 條以下）、收養違法（總 157 至 159 條）、債務不履行或負債不償（總 398 條）等，均須負刑事責任。除唐律而外，唐令也有頗多民事規定。凡此皆屬於民刑不分現象。㉙

4.民族融合的法理化。這一點可包括兩方面，一是以法律作爲王朝統治

㉓ 參看滋賀秀三《中國家族法の原理》（東京，創文社，1967 年），頁 58－68。石尾芳久氏以爲唐律是重視「家長的家產官僚制支配」，而日本律則重視「名望家制支配的傳統」，這個看法與滋賀氏也相近（參看石尾氏〈日唐律の比較研究〉，頁 200，收入氏著《日本古代法の研究》，京都，法律文化社，1991 年第 9 刷，1959 年第 1 刷）。

㉔ 參看前引島田正郎《東洋法史》，頁 178－179；前引利光三津夫《日本法制史 1·古代》，頁 46－47。

㉕ 桑原騭藏氏以爲中國法律異於西洋，其特色有下列三點：1.家族主義，2.道德主義，3.差別主義。（參看氏著〈支那の古代法律〉，頁 144，收入氏著《桑原騭藏全集》第三卷《支那法制史論叢》，東京，岩波書店，1968 年）此說，愚意以爲可由此項「法典的倫理化」作概括說明。又，此項與戴炎輝氏以「道德人倫主義」作爲唐律諸特質之一，亦有相近之處。（參看前引氏著《唐律通論》，頁 18－22）

㉖ 參看前引張晉藩《中國古代法律制度》，頁 25 所述中華法系特點的第 4 點，前引中華法系三學說當中的第二說，應該就是指張晉藩氏此說。筆者對其說，只採部分贊同。

㉗ 參看戴炎輝《唐律通論》，頁 8－18。關於唐律是否具有「罪刑法定主義」特質，學界歷來有頗多討論，贊否皆有，可參看岡野誠〈中國古代法の基本的性格——いわゆる「罪刑法定主義的制度」をめぐって〉（唐代史研究會編《中國律令制とその展開》，唐代史研究會報告第Ⅱ集，1979）、黃源盛〈傳統中國「罪刑法定」的歷史發展〉（《東海法學研究》11，1996－12）。此處暫採戴氏說。

㉘ 日本律刪除議賓條，同時將議勤條併入議功條，其目的似乎要配合六之陽數。參看利光三津夫《律令制の研究》（東京，慶應義塾大學法學研究會，1981），頁 156－166。

㉙ 參看戴炎輝《唐律通論》，頁 4。

下的民族融合的結晶，一是法律明定尊重各民族的習俗。就前者而言，從傳說的象刑到隋唐、明清法律的編纂，無一不是透過繼承損益前朝而來。因而在法制上顯現出多民族的大家庭體制[30]，這是東亞諸民族能吸收、適用中國法律的重要歷史背景。就後者而言，法律的規範本身顯現包容性，也正是中華法系的一大特徵。從今日的法律觀點看來，展現了進步的國際法概念。其具體規定，見於唐律名例律48條曰：

> 諸化外人，同類自相犯者，各依本俗法；異類相犯者，以法律論。

疏議曰：

> 「化外人」，謂蕃夷之國，別立君長者，各有風俗，制法不同。其有「同類自相犯者」，須問本國之制，依其俗法斷之。「異類相犯者」，若高麗之與百濟相犯之類，皆以國家法律論定刑名。

這個立法原則，是採用所謂「屬人主義」與「屬地主義」來定刑名。其後，沿襲此項規定者，包括《日本律》、《宋刑統》、《遼制》、《金律》、《高麗律》、《安南黎律》等。明、清律改採用屬地主義，而規定：「凡化外人犯罪者，並依律擬斷。（明律）」越南的《皇越律例》亦同。[31] 惟由明、清兩朝實際執行看來，原則上仍依唐律規定辦理。[32] 也就是說，以唐律爲代表的涉外規定，基本上相當尊重各民族的「風俗、制法」，這就是傳統時代能透過法律而使東亞諸國融爲一體，形成一個法系的重要理由。

---

[30] 關於這一點的說明，可參看前引張晉藩《中國古代法律制度》，〈導論〉頁25所述中華法系特點的第5點。

[31] 以上參看仁井田陞《補訂·中國法制史研究：刑法》（東京，東京大學出版會，1980年補訂版。1959年初版），頁418。

[32] 參看前引仁井田陞《補訂·中國法制史研究：刑法》，頁414；愛德華（R. Randle Edwards）（李明德譯）〈清朝對外國人的司法管轄〉（收入高道蘊等編《美國學者論中國法律傳統》，北京，中國政法大學出版社，1994年），頁416－471。

三、結　論

拙稿在此處無意對日本律令與中國律令一一作比較，但透過諸專家學者的研究，可以得知日本在制定其律令時，自然會認眞考慮其本國的需要而訂定其法律。所以在大寶、養老律令時期，其律所規定的刑幅，大概較唐律減輕一至二等；其令所規定的制度編制，也較唐朝縮小，這是順應其國情的緣故。日本如此，其他模仿中國法律者，如朝鮮、越南等國家也是如此，但無礙於成爲中華法系的一員。中國自唐玄宗開元後期以後，不再作全盤性的編纂法典，直至明、清時代，仍然以刑律的發展爲主流。東亞諸國在此背景下，也是以刑律的編纂爲主，而成爲此期中華法系的主要內涵。

中華法系的特徵，簡單說，在於建立一個有人情味的法律世界。因爲重視人倫，所謂「法律之前人人平等」，或者重視人權的「權利」概念，並不是這個法系立法的重點。基於這樣的理解，今日吾人在西方法系影響下，不免產生東、西法理衝突的矛盾狀態，例如：性善與性惡、個人主義與家族主義、權利與義務、法律之前人人平等與差別主義㉝，乃至於法律與道德的關係等，在制法時應該如何予以調和、轉化？這些課題，自十九世紀末以來迄今已達一個世紀，似仍困擾著東亞諸國。緬懷過去，策勵未來，制法是一項重大工程，希望新的一個世紀，不再是一個令人徬徨的世紀。

附記：拙稿原爲八十四年七月三十一日中國法制史學會召開八十四年度學術研討會：「法的繼受與中日兩國法律變遷歷史」之宣讀論文，會中承蒙諸法界先進指教，特申謝忱。

㉝ 「法律之前人人平等」問題，大陸法界有過討論，但無觸及傳統差別主義的調和問題。（參看前引張友漁主編《中國法學四十年》，頁 93－94）

臺灣學術期刊資料庫

附表一之1 歷代律篇目對照表（引自島田正郎《東洋法史》，頁54、55）

法經	漢律	曹魏律	晉律 宋·齊律	梁律 陳律	北周律	北齊律	隋·唐律 宋·金律	元條格	明·清律	
六篇	九章	一八篇	二〇篇	二〇篇	二五篇	一二篇	一二篇	二〇篇	三〇篇	
具法	具法	刑名	刑名 法例	刑名 法例	刑名 法例	名例	名例	名例	名例	
			違制	違制	違制	違制	職制	職制	(律吏)	職制 公式
	戶	戶	戶	戶	戶禁 婚姻	婚	戶婚	戶婚	(戶律)	戶役 田宅 婚姻
				倉庫	市廛			食貨		倉庫 課程 錢債 市廛
			宮衛 關市	宮衛 關市	衛宮 關津	禁衛	衛禁	衛禁	(兵律)	宮衛 關津
	興	擅興	興	擅興	興繕	擅興	擅興	軍律		軍政
	廐	廐	廐牧	廐	廐牧	廐牧	廐庫			廐牧 郵驛
					祀享 朝會			祭祀 學規	(禮律)	祭祀 儀制
盜法 賊法	盜 賊	盜 賊盜 劫掠	盜 賊	盜劫 賊叛	劫盜 賊叛	賊盜	賊盜	盜賊 殺傷 大惡 平反	(刑律)	賊盜 人命
		請賕 償贓	請賕	受賕	請賕					受贓
		告劾	告劾	告劾	告詈 鬪競	鬪訟	鬪訟	鬪毆 訴訟		鬪毆 訴訟 罵詈
	詐僞	詐僞	詐僞	詐僞	詐僞	詐僞	詐僞	詐僞		詐僞
雜法	雜	雜	雜	雜	雜犯	雜	雜	雜犯 姦非		雜犯 犯姦
捕法	捕	捕	捕	討捕	逃亡	捕斷	捕亡	捕亡		捕亡
囚法	囚	繫訊 斷獄	繫訊 斷獄	繫訊 斷獄	繫訊 斷獄		斷獄	斷獄		斷獄

臺灣大學學術期刊資料庫

附表一之2歷代令篇目表（引自池田溫〈唐令と日本令〉，頁168、169）

令名稱	年代A.D.	卷數	篇數	出處	目篇	條數	備考
晉令	二六三	四〇	三二	唐六典卷六	1戶 2學士贈品 3官品 4官員 5衛禁服制 6戶調 7公田公用借迎 8戶絕 9復除 10醫疾 11捕亡 12關市 13杖鞭 14醫藥疾病 15葬 16雜上中下 17都水 18倚門下數騎中書 19秘書 20三台侯王 21選舉 22選將 23選官 24衛戍 25軍戰 26軍戰水一 27雜法上下		
梁令	五〇三	三〇	二八	唐六典卷六	1戶 2學士贈品 3官品 4官員 5衛禁服制 6戶調 7公田公用借迎 8戶絕 9復除 10醫疾 11捕亡 12關市 13杖鞭 14醫藥疾病 15葬 16雜上中下 17都水 18倚門下數騎中書 19三台侯王 20選舉 21選將 22選官 23軍戰		
北齊河清令	五六四	五〇	二八	唐六典卷六	吏部 考功 主爵 殿中 三公 祠部 虞曹 屯田 起部 左中兵 右中兵 左外兵 右衛 都官 二千石 都兵 都水 比部 倉部 度支部 騰府 右民部 左民部 金部 庫		
隋開皇令	五八二	三〇	二七	唐六典卷六	官品上下 諸省台職員 諸寺監職員 諸衛府職員 東宮職員 諸行台諸監職員 諸州都縣鎮戍 命婦職員 戶祠 學選舉 封爵 考課 宮衛軍防 衣服 鹵簿 儀式 公田 賦役 倉庫廄牧 關市 假寧 獄官 喪葬		
唐永徽令（推測）	六五一	三〇	二〇（三二〇或三二）		官品上下 台省職員 寺監府職員 衛府職員 東宮諸府職員 州縣職員 命婦職員 戶祠 學選舉 封爵 考課 宮衛軍防 衣服 鹵簿 儀式 公田 賦役 倉庫廄牧 關市 捕亡 假寧 獄官 喪葬	（貞觀令六三七）一五九〇	宮衛軍防、倉庫廄牧或各一篇
日本大寶令（推測）	七〇一	一一	（三二〇、二八）	令集解引古記	官員 後宮官員 東宮家令官員 神祇 戶 僧尼 賦役 學 選任 考仕 宮衛軍防 儀衣服 鹵簿 公式 醫疾 喪葬 假寧 廄牧 倉庫 關市 捕亡 雜 獄		或1官位、2官員、全二九篇
日本養老令（七一八、七五七施行）	七一八、七五七施行	一〇	三〇	令義解	官位 職員 後宮職員 東宮家令職員 神祇 僧尼 戶 賦役 學 選叙 考課 宮衛 儀衣服 軍防 倉庫廄牧 公式 營繕 醫疾 假寧 關市 捕亡 獄官 喪葬 雜	九五三	
唐開元七年令	七一九	三〇	二七	唐六典卷六	官品上下 三師三公及省職員 寺監職員 衛府職員 東宮王府職員 州縣鎮戍岳瀆關津職員 內外命婦職員 祠 戶 選舉 考課 宮衛 軍防 衣服 儀制 鹵簿 公式上下 賦役 倉庫廄牧 關市 捕亡 假寧 獄官 營繕 喪葬 雜	一五四六	
唐開元廿五年令	七三七	三〇	三三	唐令拾遺	官品 三師三公及省職員 寺監職員 衛府職員 東宮王府職員 州縣鎮戍岳瀆關津職員 內外命婦職員 祠 戶 學 選舉 封爵 考課 宮衛 軍防 衣服 儀制 鹵簿 公式 賦役 倉庫廄牧 關市 捕亡 醫疾 假寧 獄官 營繕 喪葬 雜		27醫疾28補亡、或當作27補亡28醫疾
宋天聖令	一〇二九	三〇	（二二）	郡縣讀書志卷八	官品（職員） 戶 祠 選舉 考課 軍防 衣服 儀制 鹵簿 公式 賦役 倉庫（一役） 廄牧 關市 捕亡 醫疾 獄官 營繕 喪葬 雜		
宋慶元令（推測）	一一九八	五〇	三七	慶元條法事類	官品 職制 戶 祀 選舉 考課 軍防 儀制 衣服 賦役 倉庫 廄牧 關市 捕亡 醫疾 獄 斷罪 雜 繕 封贈 道釋 服制 假寧 公文 給使 驛馬 試 進 理 時 軍器 警場 運 務 卒 用 書 算 贓 罪 訟 欠		依據唐令拾遺篇目表排列、但捕亡、疾醫改正、倒置
金泰和令	一二〇一	二〇	二九	金史卷四五	官品 職員 祠 學 選舉 封爵 贈 宮衛 軍防 儀制 衣服 公式 令 祿 賦役 田 廄牧 倉庫 關市 捕亡 醫疾 假寧 獄官 雜 道釋 服制 河渠 營繕	祠令以下七〇六	
元通制條格	一三三三	三四	二七	通制條格 刑統賦疏	祭祀 戶 學令 選舉 宮衛 軍防 儀制 衣服 公式 令 祿 賦役 田 廄牧 倉庫 令 關市 捕亡 醫疾 假寧 獄官 雜 赦 貨 賞 令 藥 醫 僧道 繕 營 河渠 服 站 雜		
明令	一三六七	一	六	大明令	吏 1 禮 2 戶 3 兵 4 刑 5 工 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 32 33 34 35 36 37	一四五	

臺灣大學學術期刊資料庫

附表二唐、日律令格式篇目略表

	隋開皇 581～3 大業 607	武德 624 垂拱 685 開元廿五 737 唐貞觀 637 神龍 705 永徽 651 開元七 719	大寶 701 日本 養老 718～修撰 757 施行
律	12篇 500條 永徽4年（653）官撰「疏」（注釋） 1名例 「唐律疏議」傳存（502）條 2衛禁 五刑二〇等｛笞 20～50 杖 60～100 徒 1年～3年 流 2000里～3000里 死 絞、斬｝贖銅1～120斤 3職制 4戶婚 5廄庫 6擅興 7賊盜 十惡 謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道 8鬪訟 、大不敬、不孝、不睦、不義、內亂 9詐偽 10雜 八議 議親、議故、議賢、議能、議功、 11捕亡 議貴、議勤、議賓 12斷獄 律——正刑定罪（六典）	篇目同。數條刪除（犯蹕、向廟社射、同姓不婚？等） 過半散佚。名例前半、衛禁後半、職制、賊盜、鬪訟之一部傳存。 疏之必要部分，條文中含有。 五刑二〇等，流刑之距離改近。 贖銅1～200斤。 八虐 不睦（大部分）入不道中，又省內亂（近親姦）。 六議 議勤入議功，又省議賓。 制度用語爲適合日本實情改訂，又省日本所無者。 量刑 一二段階輕減。
令	33篇 約1500條 1官品 12封爵 28醫疾 2三師三公 13考課 29假寧 台省職員 14祿 30獄官 3寺監職員 15宮衛 31營繕 4衛府職員 16軍防 32喪葬 5東宮王府 17衣服 33雜 職員 18儀制 6州縣鎭戍 19廄牧 岳瀆關津 20樂 散佚 職員 21公式 令——設範立制（六典） 7內外命婦 22田 尊卑貴賤等數、國家 職員 23賦役 制度（新唐書刑法志） 8祠 24倉庫 他有「禮」之編纂（貞觀、永 9戶 25廄牧 徽、開元） 10學 26關市 吉（祭祀）、賓、軍、嘉（ 11選舉 27捕亡 冠婚等）、凶——五禮	30篇 約950條 1官位 30雜 2職員（大 15祿 寶考仕） 寶官員） 16宮衛 3後宮職員 17軍防 4東宮職員 18儀制 天長10年（833）勅撰注釋 5家令職員 19衣服 「令義解」成。 6神祇 20營繕 貞觀年間（～868）惟宗直本 7僧尼 21公式 「令集解」編集。 8戶 22倉庫 「令義解」大部分傳存。 9田 23廄牧 「令集解」過半傳存。 10賦役 24醫疾 11學 25假寧 12選敍（大 26喪葬 寶選任） 27關市 13繼嗣 28捕亡 14考課（大 29獄
格	24篇 1吏部 13兵部 2司封 14職方 散佚 3司勳 15駕部 格——禁違正邪（六典） 4考功 16庫部 百官有司常所行事 5戶部 17刑部 （新唐書刑法志） 6度支 18都官 皇帝之詔（制）勅號令新制 7金部 19比部 ，又改制舊規中有永續性者 8倉部 20司門 及稍重要條項被編纂。 9禮部 21工部 勅、格對律令效力優先。 10祠部 22屯田 11膳部 23虞部 12主客 24水部	弘仁格 弘仁11年（820）撰進天長7年（830）施行 10卷 （大寶元年（701）～弘仁10年） 貞觀格 貞觀11年（869）撰，施行 12卷 （弘仁11年～貞觀10年） 延喜格 延喜7年（907）撰，翌年施行 12卷 （貞觀11年～延喜7年） 篇目（神祇、中務、式部、治部、民部、兵部、刑部、大藏、宮內、彈正、京職、雜、臨時） 以上散佚。 三格之事項別類編書「類聚三代格」過半傳存。
式	33篇 1吏部 22屯田 2司封 23虞部 3司勳 24水部 4考功 25秘書 5戶部 26太常 6度支 27司農 7金部 28光祿 8倉部 29太僕 散佚 9禮部 30太府 式——軌物程事（六典） 10祠部 31少府 百官有司常所守法（ 11膳部 32監門宿衛 新唐書刑法志） 12主客 33計帳 官廳中例行事，施行細則 13兵部 ， 文書書式等。 14職方 15駕部 16庫部 17刑部 18都官 19比部 20司門 21工部	弘仁式 40卷 散佚 式部、主稅殘卷存。 貞觀式 20卷 散佚。 延喜式 50卷 約3300條 傳存。 1神祇四時祭上 18式部省上 35大炊寮 2神祇四時祭下 19式部省下 36主殿寮 3神祇臨時祭 20大學寮 37典藥寮 4神祇伊勢大神宮 21治部省、雅樂寮、 38諸部寮 5神祇齋宮寮 玄蕃寮、諸陵寮 39正親司、內膳司 6神祇齋院司 22民部省上 40造酒司、采女司 7神祇践祚大嘗會 23民部省下 、主水司 8神祇祝詞 24主計寮上 41彈正台 9神祇神名上 25主計寮下 42左右京職、東西 10神祇神名下 26主稅寮上 市司 11太政官 27主稅寮下 43春宮坊、主膳監 12中務省、內記、監 28兵部省、掌人司 、主殿署 物、主鈴、典鑰 29刑部省、判事、 44勘解由使 13中宮職、大舍人 因獄司 45左右近衛府 寮、圖書寮 30大藏省、織部司 46左右衛門府 14雅殿寮 31宮內省 47左右兵衛府 15內藏寮 32大膳職上 48左右馬寮 16陰陽寮 33大膳職下 49兵庫寮 17內匠寮 34木工寮 50雜

（引自池田溫〈唐令與日本令〉，頁386）

臺灣大學學術期刊資料庫